MOH & ASSOCIATES (M) SDN. BHD.

lwn.

FOCUS PROPERTIES SDN. BHD. & SATU LAGI

MAHKAMAH TINGGI MALAYA, PULAU PINANG
ABDUL HAMID MOHAMED PK
[GUAMAN SIVIL NO. 23-71-88]
29 OGOS 1990

KONTRAK: *Jaminan - Indemniti - Samada penjamin ada hak istimewa mendesak pemiutang menuntut hutang dari penghutang utama - Hutang diambil alih oleh pihak ketiga - Samada persetujuan pemiutang perlu diperolehi.*

Plaintif adalah jurutera perunding yang telah dilantik oleh defendan pertama untuk menjalankan kerja sebagai "substructure consulting engineers" dengan bayaran yang dipersetujui sebanyak RM167,036.25. Defendan kedua, seorang peguam, telah memberi jaminan persendirian untuk membayar yuran (fee) tersebut. Plaintif telah membuat tuntutan bayaran tetapi kedua-dua defendan telah gagal membayarnya. Oleh itu plaintif telah memohon penghakiman bagi jumlah tersebut berserta faedah. Penghakiman ingkar telah diperolehi terhadap defendan pertama tetapi permohonan plaintif untuk mendapatkan penghakiman terus terhadap defendan kedua telah ditolak oleh Mahkamah. Defendan kedua mengatakan bahawa jaminan persendirian yang diberi olehnya itu sebenarnya adalah satu indemniti. Oleh itu, ia hanya bertanggungjawab jika plaintif telah melaksanakan penghakiman yang telah diperolehinya terhadap defendan pertama tetapi tidak berhasil. Defendan kedua kemudiannya mengatakan bahawa defendan pertama belum ingkar kerana penghakiman terhadapnya belum lagi dilaksanakan. Defendan kedua juga mengatakan bahawa hutang defendan pertama itu telah diambilalih oleh pihak ketiga dan oleh itu defendan kedua adalah bebas dari jaminan itu. Defendan kedua juga berkata bahawa ia tidak mengakui hutang itu dan oleh itu penghakiman terus tidak boleh dibuat ke atasnya.

Diputuskan:

[1] Hujah-hujah defendan kedua tidak berasas; plaintif telah memberi notis tuntutan kepada defendan pertama dan kedua pada 7 April 1988 dan hutang berkenaan masih belum dijelaskan walaupun penghakiman telah didapati pada 20 Ogos 1986.

[2] Mengikut undang-undang, seorang penjamin tidak ada hak istimewa untuk mendesak pemiutang membuat tuntutannya terhadap penghutang utama terlebih dahulu sebelum meminta penjamin membayarnya.

[3] Mengikut keterangan yang ada dalam kes ini, defendan pertama telah ingkar menjelaskan hutangnya dan oleh itu defendan kedua bertanggungjawab membayar hutang tersebut.

[4] Plaintif tidak menjadi satu pihak dalam perjanjian antara defendan-defendan dengan pihak ketiga dan oleh itu perjanjian itu tidak mengikat diri plaintif. Seorang penghutang itu tidak boleh memindahkan hutangnya secara unilateral kepada pihak lain melainkan pemiutang telah menyetujui perkara tersebut terlebih dahulu.

[5] Mahkamah boleh membuat penghakiman terus bukan hanya berasaskan pengakuan hutang oleh defendan tetapi juga berasaskan keterangan yang diberi di Mahkamah. Dalam kes ini Mahkamah berpuashati ada keterangan yang cukup bagi membuktikan bahawa defendan masih terhutang kepada plaintif sebanyak yang dituntut.

[Penghakiman terus diberikan kepada plaintif dan kos.]

Kes-kes yang dirujuk:
Kong Ming Bank Bhd. v. Leong Ho Yuen [1982] 2 MLJ 111
Yeoman Credit Ltd. v. Lather [1961] 2 All ER 294
Bank Bumiputra Malaysia Bhd. v. Esah bt. Abdul Ghani [1985] CLJ (Rep) 41
Malaysia Building Society Bhd. v. Lim Kheng Kim & Ors. [1988] 1 CLJ (Rep) 770
Kwong Yik Finance Bhd. v. Mutual Endeavour Sdn. Bhd. & Ors. [1989] 1 MLJ 135

Sumber yang dirujuk:
Modern Contract of Guarantee, James O'Donovan dan John C. Philips

Bagi pihak plaintif/perayu - Rekhraj; T/n. Syarikat K.L. Rekhraj
Bagi pihak defendan/responden - Gerard Chan; T/n. Lim Kean Siew & Co.

PENGHAKIMAN

Abdul Hamid Mohamed PK:
(Lampiran 27)

Ini adalah rayuan terhadap keputusan Penolong Kanan Pendaftar menolak permohonan penghakiman terus terhadap defendan kedua.

Mengikut Penyata Tuntutan plaintif, defendan pertama adalah pemaju komplek perniagaan di atas Lot 1233, T.S.1 N.E.D., Jalan Cantonment, Pulau Pinang. Defendan kedua adalah seorang peguambela dan peguamcara. Defendan pertama melantik plaintif sebagai "sub-structure Consulting Engineers" dengan yuran (fee) profesional yang dipersetujui sebanyak RM167,036.24. Jumlah ini kena dibayar pada 31 Disember 1987.

Defendan kedua melalui surat bertarikh 11 Disember 1986 memberi jaminan persendirian untuk membayar yuran (fee) profesional yang kena dibayar oleh defendan pertama kepada plaintif. Walaupun plaintif telah membuat tuntutan (demand) kedua-dua defendan masih tidak membayarnya. Oleh itu plaintif memohon penghakiman bagi jumlah tersebut berserta dengan faedah.

Penghakiman ingkar diperolehi terhadap defendan pertama pada 20 Ogos 1988. Permohonan untuk mendapatkan penghakiman terus terhadap defendan kedua ditolak pada 6 Mac 1990.

Tuntutan terhadap defendan kedua adalah berdasarkan jaminan yang diberi olehnya melalui surat bertarikh 11 Disember 1986 yang, antara lain, menyatakan:

> And the undersigned hereby provide Messrs. Moh & Associates (M) Sdn. Bhd. with his personal guarantee that Messrs. Focus Properties Sdn. Bhd. shall meet in full their commitments to Messrs Moh & Associates (M) Sdn. Bhd. as stipulated herein and shall further commit that if the project is stopped, suspended and/or on any event whatsoever which will prevent possession and/or sale of the property at the end of one year, he shall be fully and personally responsible for the full professional fees owing to Messrs. Moh & Associates (M) Sdn. Bhd. including interest thereon at proper rates.

Peguam defendan kedua membangkitkan beberapa pembelaan dalam menentang permohonan ini. Pertama, beliau menghujahkan bahawa jaminan (guarantee) yang diberi oleh defendan kedua sebenarnya adalah indemniti (indemnity). Oleh itu defendan kedua hanya liable jika plaintif telah melaksanakan penghakiman yang diperolehi terhadap defendan pertama tetapi tidak berhasil.

Saya dirujuk kepada buku dan kamus undang-undang oleh penulis-penulis luar negeri untuk menunjukkan makna "guarantee" dan "indemnity" dan perbezaan di antara keduanya. Sambil mengakui bahawa nas-nas itu boleh menolong saya memutuskan soalan ini, adalah lebih

berkenaan kiranya kita merujuk kepada undang-undang negara kita sendiri, terlebih dahulu. Oleh itu saya ingin mula dengan Akta Kontrak 1950. Tentang apakah "contract of indemnity", seksyen 77 Akta itu memperuntukkan:

> 77. A contract by which one party promises to save the other from loss caused to him by the conduct of the promisor himself, or by the conduct of any other person, is called a "contract of indemnity".

"Contract of Guarantee" pula ditafsirkan dalam seksyen 79 Akta itu seperti berikut:

> 79. A "contract of guarantee" is a contract to perform the promise, or discharge the liability, of a third person in case of his default. The person who gives the guarantee is called the "surety"; the person in respect of which default the guarantee is given is called the "principal debtor", and the person to whom the guarantee is given is called the "creditor". A guarantee may be either oral or written.

Dalam kes *Kong Ming Bank Bhd. v. Leong Ho Yuen* [1982] 2 MLJ 111, Syed Othman HMP, dalam memberi penghakiman Mahkamah Persekutuan, di mukasurat 112, berkata:

> A contract of guarantee is a contract to perform a promise, or discharge the liability of a third person **in case of his default**.

Penjelasan perbezaan antara "guarantee" dan "indemnity" yang paling jelas terdapat dalam buku *Modern Contract of Guarantee* oleh James O'Donovan dan John C. Philips, edisi pertama (1985) di mukasurat 21 dan 22 yang dirujukkan sendiri oleh peguam defendan kedua:

> The distinction between a contract of guarantee and a contract of indemnity is that in a contract of indemnity a primary liability is assumed whether or not a third party makes default, whilst ... in a contract of guarantee the surety assumes a secondary liability to the creditor for the default of another who remains primarily liable to the creditor.

Dalam kes *Yeoman Credit Ltd. v. Lather* [1961] 2 All ER 294 di mukasurat 296 Holroyd Pearce LJ menjelaskan perbezaan antara keduanya seperti berikut:

> An indemnity is a contract by the party to keep the other harmless against loss, but a contract of guarantee is a contract to answer for the debt, default or miscarriage of another who is to be primarily liable to the promisee.

Dalam lain perkataan penjamin dalam satu kontrak "guarantee" hanya liable jika si penghutang utama ingkar. Tetapi seorang penanggung rugi (indemnifier) adalah liable tidak kira si penghutang utama ingkar atau tidak.

Dari sini adalah jelas bahawa hujah peguam defendan pertama itu lebih sesuai jika dia mengatakan bahawa kontrak antara plaintif dengan defendan kedua adalah satu kontrak "indemnity" seperti yang dihujahnya. Walau bagaimanapun peguam plaintif tetap dengan pendirian bahawa kontrak berkenaan adalah satu kontrak "guarantee".

Saya telah meneliti isi kandungan surat bertarikh 11 Disember 1986 itu dan bersetuju dengan peguam plaintif bahawa ia adalah satu kontrak "guarantee". Dan atas asas itulah penghakiman ini dibuat. Oleh itu perlulah diputuskan samada defendan kedua telah ingkar atau tidak.

Peguam defendan kedua menghujahkan bahawa defendan pertama belum ingkar kerana penghakiman ingkar terhadapnya belum dilaksanakan. Mengikut beliau hanya setelah penghakiman itu dilaksanakan tetapi hutang itu masih belum dijelaskan barulah defendan pertama boleh dikatakan ingkar dan barulah defendan kedua menjadi liable.

Dalam penghakiman saya hujah itu tidak berasas sama sekali. Perenggan 3 surat bertarikh 11 Disember 1986 itu menyebut:

> If there is no sale by either you or us within one year from even date, you have the absolute choice of either (a) the absolute right of ownership to the property, and should you sell the property within one year thereafter, any profits minus your professional fees plus interest plus expenses, shall be shared between you and us on an equal basis of 50/50, or (b) our immediate and full payment of your professional fees plus interest.

Seperti yang tersebut dalam perenggan 5 Penyata Tuntutan, jumlah yuran (fee) profesional sebanyak RM167,036.24 kena dibayar pada 31 Disember 1987. Pada 7 April 1988 plaintif memberi notis tuntutan (Notice of Demand) kepada defendan pertama (dan juga defendan kedua). Hingga hari ini defendan pertama tidak menjelaskan wang yang dituntut itu, walaupun penghakiman telah didapati pada 20 Ogos 1986.

Dalam hubungan ini saya merujuk kepada apa yang dikatakan oleh Lee Hun Hoe CJ (Borneo) dalam memberi penghakiman Mahkamah Agung dalam kes *Bank Bumiputra Malaysia Bhd. v. Esah bt. Abdul Ghani* [1985] CLJ (Rep) 41:

> The guarantor has no special right to demand that the creditor call upon the principal debtor to pay off the debt before asking the guarantor to pay.

Rujukan boleh juga dibuat kepada kes *Malaysia Building Society Bhd. v. Lim Kheng Kim & Ors.* [1988] 1 CLJ (Rep) 770 dan *Kwong Yik Finance Bhd. v. Mutual Endeavour Sdn. Bhd. & Ors.* [1989] 1 MLJ 135.

Oleh itu, dalam penghakiman saya, defendan pertama telah ingkar dan defendan kedua telah liable dan hujah peguam defendan kedua ternyata meleset.

Satu pembelaan lagi yang dibangkitkan dalam afidavit defendan kedua ialah hutang defendan pertama telah diambil alih oleh Omnibus Sdn. Bhd., yang mengambil alih projek berkenaan. Oleh itu defendan kedua telah bebas daripada jaminan itu dan jaminan (guarantee) itu tidak boleh dikuatkuasakan terhadapnya.

Hujah ini adalah amat aneh. Perjanjian Jual-Beli bertarikh 8 Mac 1988 bagi menjual tanah berkenaan adalah dibuat di antara defendan kedua sebagai tuanpunya berdaftar tanah berkenaan dan pemegang sebanyak 300,001 unit saham defendan pertama dan seorang lagi pemegang satu saham defendan pertama **dengan** Omnivest Sdn. Bhd. Plaintif bukan satu pihak dalam perjanjian itu. Rasanya tidaklah perlu saya mencari nas-nas untuk menolak hujah ini. Kiranya hujah ini betul, dan kiranya itulah kedudukan undang-undang, maka setiap orang boleh melepaskan dirinya daripada membayar hutang hanya dengan memindahkan hutang itu secara unilateral kepada orang ketiga, dan orang ketiga kepada orang keempat dan seterusnya. Saya yakin itu bukan undang-undang negara ini dan berharap ia tidak akan menjadi undang-undang negara ini.

Seterusnya peguam defendan kedua menghujahkan bahawa defendan kedua tidak mengaku hutang itu. Penghakiman ingkar terhadap plaintif pertama, katanya, bukanlah satu pengakuan oleh defendan kedua.

Bagi menjawab hujah itu, dalam penghakiman saya, penghakiman terus bukan hanya boleh diberi jika ada pengakuan hutang. Soalnya ialah adakah jelas kepada Mahkamah bahawa defendan masih terhutang kepada plaintif sebanyak yang dibuat samada dia mengaku atau tidak.

Dalam hubungan ini latarbelakang dan hubungan defendan kedua dengan defendan pertama perlu diberi perhatian. Kesemua saham defendan pertama melainkan satu saham dimiliki oleh defendan kedua. Tanah yang hendak dimajukan didaftar atas nama defendan kedua. Dalam surat bertarikh 11 Disember 1986, defendan kedua menulis surat itu bagi pihak dirinya dan

bagi pihak defendan pertama. Alamat defendan pertama adalah sama dengan alamat defendan kedua. Notis tuntutan kepada defendan pertama dan defendan kedua dialamatkan ke alamat yang sama. Kedua-duanya diterima dan dicop dengan cop syarikat guaman defendan kedua. Kedua-dua defendan tidak menyangkal ataupun menjawab Notis-notis Tuntutan terhadap mereka.

Apabila plaintif mengambil tindakan sivil terhadap defendan pertama dan defendan kedua, defendan pertama tidak memasukkan kehadiran (appearance) dan membiarkan penghakiman terus diambil bagi jumlah yang sama. Hingga hari ini tidak ada permohonan mengenepikan penghakiman itu. Mungkin semua ini tidak cukup untuk mengatakan bahawa defendan kedua mengaku hutang itu. Tetapi, sekurang-kurangnya dia tahu jumlahnya dituntut dan tidak menafikannya dan tidak berbuat apa-apa untuk membela tuntutan terhadap defendan pertama. Dia cuma mengambil tindakan untuk cuba menyelamatkan dirinya sendiri, atau lebih tepat, untuk melambatkan tindakan terhadap dirinya sahaja. Dalam keadaan ini saya berpuashati bahawa hutang sehingga tarikh dimulakan tindakan sivil adalah sebanyak yang dituntut.

Akhir sekali defendan kedua membangkitkan pembelaan bahawa plaintif tidak berhak mendapat faedah kerana tidak ada perjanjian antara mereka berkenaannya - perenggan 10 Afidavit Defendan Kedua (Lampiran 26).

Jawapan kepada pembelaan ini boleh didapati dalam surat bertarikh 11 Disember 1986 itu sendiri yang saya petik di atas. Surat yang ditandatangani oleh defendan kedua itu jelas memberi jaminan untuk membayar yuran (fee) profesional itu “including interest thereon at proper rates”.

Memanglah tidak ada perjanjian tentang kadar faedah itu . Tetapi dalam suratnya bertarikh 2 April 1988 kepada defendan kedua menuntut sejumlah RM167,036.24 menyebut “as per summary statement annexed hereto showing how the said sum is arrived at”. (Jumlah sebanyak itu juga dituntut daripada defendan pertama melalui surat yang berasingan bertarikh yang sama). Tidak ada apa-apa bantahan daripada kedua-dua defendan. Defendan kedua membiarkan plaintif mengambil penghakiman terus terhadap defendan pertama bagi jumlah itu. Dalam keadaan kes ini, terutama sekali di mana **pada hakikatnya** defendan kedua adalah juga defendan pertama, walaupun mengikut undang-undang mereka merupakan dua entiti yang berasingan, saya tidak fikir defendan kedua boleh membangkitkan pembelaan itu lagi. Sebenarnya pembelaan ini tidak dibangkit dalam Afidavit Defendan Kedua. Apa yang dibangkitkan dalam perenggan 10 afidavitnya ialah plaintif tidak berhak mendapat faedah langsung kerana tidak ada perjanjian berkenaannya. Sebagaimana saya katakan sebelumnya, perjanjian itu adalah terkandung dalam surat bertarikh 11 Disember 1986.

Memanglah untuk berhak membela tindakan sivil ini defendan kedua cuma perlu memuaskan Mahkamah bahawa terdapat sesuatu isu atau soalan yang dipertikaikan yang patut dibicarakan atau oleh sebab-sebab lain, perbicaraan patut diadakan. Dalam kes ini saya berpendapat tidak ada apa-apa persoalan undang-undang atau fakta yang memerlukan perbicaraan sepenuhnya. Bagi saya liabiliti defendan kedua bagi jumlah yang dituntut adalah jelas dan defendan kedua tidak berjaya menimbulkan apa-apa isu atau soalan yang perlu dibicarakan. Oleh itu saya meluluskan rayuan ini dan memerintahkan supaya penghakiman terus seperti yang dituntut diberikan kepada plaintif dan kos.

Also found at [1990] 2 CLJ 756